

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **CLARA BERNARDA ATEHORTÚA MORALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2020-00031-02.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada MELANY NIEVES TAMAYO portadora de la T.P. 257.033 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad o ineficacia o inexistencia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM administrado por el ISS el 27 noviembre de 1980, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. el 7 de abril de 1999.

Expone que el promotor de PORVENIR S.A. no la asesoró de manera técnica ni adecuada, no le explicó las características de cada uno de los regímenes pensionales existentes, que en el ISS – hoy COLPENSIONES- la pensión depende de la edad y semanas cotizadas, nunca se le advirtió que los cálculos estimados estaban sometidos a los altibajos de la economía o medidas gubernamentales, no le explicaron las distintas modalidades de pensión de fondos complementarios, aportes voluntarios, ni del derecho a retractarse, no se le explicó, ni entendió, que la exigibilidad del bono opera a los 60 años dándose una pérdida en la negociación del mismo para el momento de acceder a la pensión. Expone que PORVENIR S.A. no le realizó una reasesoría a la edad de 47. Indica que el extinto ISS tampoco le brindó una asesoría precisa, clara, coherente y suficiente sobre las consecuencias que sufriría su derecho pensional al trasladarse al RAIS.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, pero declarando la ineficacia por inaplicación constitucional del acto jurídico a través del cual la demandante se trasladó del RPM al RAIS, declarando que la AFP PORVENIR S.A. faltó a su obligación de dar información clara, veraz y oportuna a la demandante y que dicha falta de información le causó un daño grave a la demandante en su acceso real y efectivo a la seguridad social, siendo entonces la AFP PORVENIR S.A. la responsable del daño causado a la demandante.

Seguidamente el juez, declaró que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez base en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y, en consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo las condiciones del RPM, dentro del mes siguiente a la fecha en que esta lo solicite por escrito, adjuntando el certificado de retiro laboral, señalando además que, dentro del mes siguiente al reconocimiento y pago de la pensión, PORVENIR S.A. deberá solicitar a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES e informar su valor a PORVENIR S.A. dentro de los dos meses siguientes a la solicitud, debiendo ser

cancelado dicho cálculo por PORVENIR S.A., y a partir del momento en que se pague dicho calculo actuarial COLPENSIONES asumirá el pago de la prestación.

Declaró que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS y en consecuencia absolvió a dicha entidad de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, sin perjuicio de las órdenes que se le dieron.

Finalmente condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. a favor de la demandante.

Para fulminar la condena el *a quo* argumentó que la ineficacia de los actos jurídicos en Colombia debe ser declarada cuando una autoridad observa que ha sido violentado un derecho social fundamental. Que cuando la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad de ella es declarada por traer efectos adversos a una de las partes, se entra a una institución propia del derecho denominada el principio de relatividad de los actos jurídicos que benefician o perjudican a los que han participado en él, no a los terceros.

Arguye que COLPENSIONES es un tercero absoluto frente al acto jurídico de traslado, porque ni la constitución, ni la ley le obliga a estar atento a ese acto jurídico y, por lo tanto, las consecuencias negativas de la ineficacia del traslado no tienen por qué recaer en esta entidad y obligarle a reconocer una pensión pues habría un detrimento patrimonial al Estado.

Luego adujo que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones con carácter mercantil financiera, realizan una actividad fiduciaria y que está definido por la jurisprudencia de décadas atrás que en ese contrato no hay una obligación de resultado, pero si ha exigido la ley y la jurisprudencia una obligación de medio que es la de cabal diligencia y asesoría a la persona que realiza el contrato de fiducia. La doctrina lo denomina como la obligación de diligencia debida o de buen consejo y por lo tanto, cuando las administradoras de fondos de pensiones no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y a lo largo del proceso, conforme al artículo 10 del Decreto 720 de 1994 son responsables directamente por los perjuicios, por los daños, por el menoscabo al acceso a la seguridad social en pensiones que traiga el beneficiario, mas no a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual sino a emitir un título pensional, y si la persona ya ha cumplido la edad obligar a la AFP a pagar la pensión como si fuera del RPM, mediante un cálculo actuarial pensional.

Finalmente concluyó el juez, que no encuentra prueba alguna de que los fondos privados demandados hubieren entregado a la actora una información clara, veraz y

oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, estos son preformatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria, por lo que declaró la ineficacia de la afiliación pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A, de COLPENSIONES y de la DEMANDANTE.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia de primera instancia, solicitando sea revoca y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifiesta que no se declaró la ineficacia conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia por la falta de información, sino por una imputabilidad de responsabilidad constitucional. A pesar que en la fijación del litigio no se dejó establecido ninguna estipulación respecto a perjuicios o daños por el traslado del régimen pensional de la demandante, llama la atención que en el Fallo se haga referencia a un daño, a una responsabilidad constitucional y al pago de unos presuntos perjuicios, saliéndose de la órbita de la fijación del litigio establecida, ya que en esta etapa se le manifestó al *a quo* que no se estaba haciendo mención respecto a perjuicios frente a lo cual indicó que no iba a pronunciarse al respecto en la decisión. Por ello, no es procedente declarar ningún tipo de perjuicio en contra de PORVENIR S.A., ni mucho menos obligarla a algo imposible como el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante conforme los lineamientos del régimen de prima media, toda vez que, conforme el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, los dos regímenes son excluyentes, razón por la cual, la forma de calcular la pensión en el RPM es totalmente distinta a la forma que se hace en el RAIS. Si se está declarando la ineficacia de la pérdida del Régimen de Prima Media, la consecuencia es devolver todo a como se encontraba anteriormente a la celebración del acto jurídico, lo que no sucede en el presente caso, contrariando totalmente las normas jurídicas; por ello, no es posible que PORVENIR S.A. cumpla esta obligación por encontrarse contraria a derecho, además de no ser viable porque no tiene las condiciones de reconocer la pensión en la manera que le fue ordenado.

APELACIÓN COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia indicando que, si bien se absuelve a la entidad, es ésta quien en últimas debe afrontar las cargas del fallo por lo que debe ser rogado y no se acoja la pretensión de declarar la ineficacia del traslado. Lo anterior porque el retorno al RPM en cualquier tiempo no constituye un derecho absoluto como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencias como la C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010 en la cual indica que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, dado que el RPM se descapitalizaría y así mismo, recordó que como la libre escogencia de los regímenes pensionales previstos en la ley no es un derecho absoluto, admite el señalamiento de algunas excepciones que puede conducir a una diversidad de trato, posición que también explica en Sentencia como la T-489 de 2010. Una excepción, la trae la Sentencia SU-130 de 2013 donde la Corte Constitucional, donde se ocupó se la problemática de quienes se trasladaron al RAIS, advirtió que de conformidad con los artículos 13 literal e) y 36 incisos cuatro y cinco de la Ley 100 de 1993, únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse en cualquier tiempo del RAIS al RPM, supuesto que no es el del presente caso, por lo que la demandante no podría trasladarse.

Por otra parte, solicita que, de concederse la ineficacia del traslado, se disponga la devolución de aportes debidamente indexados conforme lo manifestado teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 31989 de 9 de septiembre de 2008, así como de las cuotas de administración debidamente indexadas de acuerdo el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

La apoderada de la demandante apela la sentencia, manifestando que quedó demostrado que el deber de información a cargo de la AFP es exigible desde la creación y sin distinción alguna de acuerdo a lo previsto en el Decreto 663 de 1993 aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el numeral 1º de artículo 97 la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria de los servicios que prestan, para lograr mayor transparencia en las operaciones que se realicen. El artículo 271, en concordancia con el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los trabajadores pueden elegir libre voluntariamente el régimen que mejor les convenga y

consulte sus intereses. Si una persona jurídica o natural, atenta contra el derecho de afiliación y selección de instituciones de seguridad social, se genera la ineficacia de la afiliación, entendida por haber dado la demandante un consentimiento no informado y las consecuencias que ello encierra. Quedó demostrado que PORVENIR S.A. no dio una eficaz información a la demandante. No es de recibo que sea PORVENIR S.A. quien asuma el reconocimiento de la pensión de vejez, pues altera la naturaleza jurídica de los fondos privados, pues es sabida la gran diferencia que existe en los regímenes de pensiones, en cuanto a la financiación, como se calcula la prestación, como se administran los recursos y los requisitos que se exigen para acceder a la pensión de vejez, en lo esencial son distintos los dos regímenes pensionales. Por ello, es gravoso que sea PORVENIR S.A. quien deba asumir la pensión, ya que la ineficacia, como ha sido entendida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, siendo COLPENSIONES la que debe pagar y reconocer la pensión de vejez de la demandante.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., de COLPENSIONES y de la DEMANDANTE allegaron escritos de alegatos, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando *“un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”*

Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto- y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

En este asunto, **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

2 . DEL DERECHO DE RETRACTO.

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad.

3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de

afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE PORVENIR S.A.

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

5 DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos - en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante- pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el **querer** -eventual, futuro, en ciente- de las leyes fue colocar en “*cabeza de las administradoras*” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de

traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del **acto personal** de lo entendido– un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

6 DEL DEBER DE REALIZAR ANÁLISIS CRÍTICO Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS EN CADA CASO

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos -a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, *«Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

7. DE LA DIFERENCIA LEGAL DE LA INEFICACIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS.

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”*

Luego, *“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”*.¹

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

8. DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA H. SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO PENSIONAL

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional –se insiste no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió.

De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL 1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se *“activa la afiliación”*, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó:

*“Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado **al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, (...)**”* Negrillas fuera de texto.

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL 2877-2020:

“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los

contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tael sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

9. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*”. Subrayado fuera de texto.

Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, “*El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*”

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)” Y luego agregó:

“Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibídem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no

puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.”

Luego, en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que “(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”

En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RAIS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las

reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en:

El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir.

A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RAIS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

Ahora, de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS)*, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

La declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible a mi representada; a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Respetuosamente solicito tener en cuenta los siguientes argumentos jurídicos con el fin de que no conceda la ineficacia de traslado.

El primero de ellos, va dirigido a que el retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera.

El segundo argumento, va encaminado a que se tenga en cuenta la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

El tercer y último argumento sería la excepción estipulada en la Sentencia de unificación SU130/13, en la cual, la Corte Constitucional se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más deservicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición; es de aclarar que dicha excepción no aplica a la demandante del presente caso.

Ahora, en el hipotético caso que se decrete la ineficacia en el traslado de régimen, se solicita la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante al RAIS debidamente indexados, lo anterior conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008 MP EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

Además de lo anterior, también se solicita la devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

Si bien los argumentos del señor juez lo llevan a estructurar y decidir desde la ineficacia constitucional, me aparto de su decisión por lo siguiente.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha hecho un estudio profuso en una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de traslado de régimen pensional, que nace como fruto del análisis donde determino que muchas personas en el país se trasladan de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales mas beneficiosos.

Este es el caso de la señora Atehortúa Morales, donde no solo perdió derechos pensionales, sino que la falta de información de la que se ha sostenido en la demanda no se dio a la actora de parte del fondo pensional al que pertenece, provoco a esta altura de su vida una merma económica importante cuando se compara la mesada pensional a la que tendría derecho en el régimen de prima media y en el Rais.

Se sigue insistiendo en los argumentos dados en el proceso. En los arts. 271 en concordancia con el literal b) del artículo 13 de la ley 100. Los trabajadores tienen la opción de elegir “libre y voluntariamente “aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la Carga de la prueba, quien tiene el deber de probar el cumplimiento de la diligencia y cuidado en cuanto información, es la entidad que está obligada a emplearla y no lo hizo, no es solo decir que el asesor estaba bien capacitado y que le dio la asesoría adecuada y necesaria, cuando no hay respaldo de ello en el proceso, ni en la carpeta de la usaría del fondo hoy demandante, fue una asesoría precaria.

El a quo reconoce el perjuicio que se dio por el incumplimiento del fondo en sus obligaciones causando grave daño a la demandante en su mínimo vital, concluye, que la demandante sigue inmersa en régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo del fondo Porvenir S.. A seria reconocida su pensión con todas los requisitos y exigencias del RPM y absuelve a Colpensiones.

Conclusión que no se comparte, por cuanto dentro de los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones cada uno tiene su estructura y se estaría rompiendo el mismo, cargando la obligación al fondo porvenir S.A. con lo que corresponde a Colpensiones, desconoce la línea jurisprudencial que ha sostenido la Corte Suprema en su sala de casación laboral referido a este tema de la ineficacia del traslado de fondo pensional , cuando no se ha dado una información en su afiliación clara, completa, veraz comprensible para la accionante de lo que implicaba el cambio de régimen y sus consecuencias como era deber del fondo, una libertad informada en

el cumplimiento de esta primera etapa en el proceso de afiliación, por eso debía darse la ineficacia pretendida y volver las cosas al estado en que se encontraban o sea volver a Colpensiones.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de la parte demandante, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta Ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por la entidad (archivo 21), se afilió a la administradora del RAIS

PORVENIR S.A. el 7 de abril de 1999, como se acredita con el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 43 del expediente digitalizado.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:22:33 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, como bien lo manifestó el *a quo* en sus consideraciones, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se prueba que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó por parte PORVENIR S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

En ilación con lo anterior, es evidente que, como lo concluyó el fallador de primera instancia, la demandada PORVENIR S.A. no le brindó a la demandante o por lo menos no probó, haberle otorgado, la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1999 que se produjo el citado traslado, por lo que, en sede de instancia se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1999 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A., pero no como consecuencia de la inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado, sino debido a que dicho acto nunca nació

a la vida jurídica dado que adolece del consentimiento debidamente informado que debía tener la demandante al momento de suscribirlo conforme lo establece el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, frente a la orden dada a PORVENIR S.A., de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante de conformidad con las normas que regulan la pensión en el RPM y además de pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial para subrogarse en dicha entidad, debe señalar la Sala que al declararse la ineficacia del traslado, contrario a lo argumentado y concluido por el *a quo*, la consecuencia jurídica no puede ser la subrogación del riesgo de PORVENIR S.A. en COLPENSIONES a través de un cálculo actuarial, sino que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación de la demandante en el RPM, con la consecuente devolución a COLPENSIONES, actual administrador de este régimen, por parte de PORVENIR S.A. de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, ya que será Colpensiones la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza de la accionante.

Al respecto ha explicado la Corte Suprema de Justicia, que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia*

que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019.

Al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de la solicitud que se ordene la devolución de aportes debidamente indexada, tal solicitud no es procedente por cuanto estos rubros ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y tampoco se ha alegado ni probado que la suma estos conceptos sean inferiores al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media.

Frente a la indexación de las cuotas de administración, esta Sala del Tribunal es del criterio, que si la indexación se solicitó en la contestación de la demanda, o al menos en el recurso de apelación resulta procedente concederla en la sentencias de segunda instancia, pues las partes tuvieron la oportunidad de debatirlo en el proceso, al menos en los alegatos de segunda instancia, y de esta manera como este asunto fue apelado por COLPENSIONES y la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración sean devueltas indexadas.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas; se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la Corte Suprema de Justicia, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la SCL de la CSJ en la sentencia SL1689-2019.

Ahora, en lo que respecta al argumento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de alzada, en el cual manifiesta que el retorno al RPM faltando diez o menos de diez años para alcanzar la edad de pensión debe realizarse atendiendo las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera en concordancia con las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, las cuales indican que regresar a Colpensiones en cualquier tiempo descapitalizaría el sistema, se ha de manifestar primeramente, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

DE LA PRETENSIÓN DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:

En cuanto a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aquellas normas legales exigen como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas a partir del año 2015.

En este caso, la señora ATEHORTÚA MORALES, al haber nacido el 26 de noviembre de 1960, como se prueba con la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 41

del expediente (documento 02 del expediente digital), arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2017, y además cuenta actualmente con más de **1.300 semanas cotizadas** según la historia laboral actualizada al 10 de diciembre de 2019 aportada por PORVENIR S.A., visible a folios 44 a 59 del expediente (documento 02 del expediente digital) motivo por el cual, reúne a cabalidad los requisitos legales establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez.

El disfrute de la prestación tendrá lugar a partir del día siguiente al que la demandante acredite ante Colpensiones su desafiliación del sistema pensional bien sea tácitamente desde su última cotización, o con el retiro expreso, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,” (subrayado agregado)

En consecuencia, se revocará en esta instancia igualmente el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de PORVENIR S.A. y se condenará a COLPENSIONES a reconocer y a pagar la demandante la pensión de vejez, en los términos antes indicados, pensión que deberá ser liquidada por COLPENSIONES de conformidad con lo dispuestos en los artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, y será reconocida en el número de 13 mesadas pensionales al año de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 001 de 2005, dado que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada, será REVOCADA en los términos antes explicados.

Sin costas en esta instancia por haber prosperado para cada uno de los apelantes parcialmente el recurso interpuesto. Las costas de primera instancia corren a cargo de PORVENIR S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de junio de 2022 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **CLARA BERNARDA ATEHORTÚA MORALES** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, para en su lugar:

- **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que realizó la demandante el día 7 de abril de 1999, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.
- **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados, los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, seguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación de la demandante CLARA BERNARDA ATEHORTÚA MORALES al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, e incluir las cotizaciones realizadas por la actora al RAIS, en su historia laboral de COLPENSIONES.
- **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante CLARA BERNARDA ATEHORTÚA MORALES, la pensión de vejez bajo las preceptivas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que acredite su desafiliación expresa o tácita del sistema general de pensiones, en el número de 13 mesadas pensionales al año, la que deberá liquidar en su momento de conformidad con lo dispuestos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.
- **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia corren a cargo de PORVENIR S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **95e5b8f0426499f48992dfe4de33aee7c0623cc6fe7df53ccb08403a4ff58e20**

Documento generado en 11/05/2023 03:14:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>